Die Fragestellung im Schwurgericht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Oskar Kolle

Referendar in Naumburg a. S.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld

Meiner Braut.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Alsberg, Vollendung und Realkonkurrenz beim Meineid. 1906.

v. Bar, Recht und Beweis im Geschworenengericht. 1865.

Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 1895.

Bennecke=Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 1900.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885.

Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. 7. Aufl. 1907.

Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht. 1898.

Dalcke, Fragestellung und Verdikt im schwurgerichtlichen Verfahren. 2. Aufl. 1898.

Deutsche Juristenzeitung.

Feddersen, Das Schwurgericht. 1907.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8./10. Aufl. 1911.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1904.

Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. 1880.

Goltdammers Archiv für Strafrecht.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 3, 1 und 2: Materialien zur Strafprozeßordnung. 1880.

Hannwacker, Die Teilung des Fragestoffs bei der Fragestellung im schwurgerichtlichen Verfahren. 1905.

Hücking, Zur Fragestellung im Schwurgericht. In Goltdammers Archiv Bd. 34 S. 216 ff.

Isenbart u. **Samter,** Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1893.

Juristische Wochenschrift.

Keller, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1878.

v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892.

Kolisch, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1898.

Loewe-Hellweg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 12. Aufl. 1907.

Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Bd. 1: Das formelle Strafrecht. 3. Aufl. 1908.

Mamroth, Die Strafprozeßordnung. 1900.

Meves in Goltdammers Archiv Bd. 35 S. 400, Bd. 44 S. 61.

Meyer, Hugo, Tat- und Rechtsfrage im Geschworenengericht, insbesondere in der Fragestellung an die Geschworenen. 1860.

Meyer, Hugo, Die Hauptverhandlung vor den Schwurgerichten. In Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1879.

Mittelstädt, Die Revisionsbedürftigkeit der deutschen Schwurgerichtsurteile. Im Gerichtssaal Bd. 37 S. 557 ff.

Oetker, Das Verfahren vor den Schwur- und den Schöffengerichten. 1907.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 9. Aufl. 1912.

Oppenhoff, Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals in Strafsachen. Bd. 14.

Puchelt, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1881.

Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.

Reichsgericht, Entscheidungen in Strafsachen.

Rintelen, Der Strafprozeß. 1891.

Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß. 3. Aufl. 1909.

Schmidt, Das schwurgerichtliche Verfahren. 1887.

v. Schwarze, Kommentar zur deutschen Strafprozeßordnung. 1878.

Stenglein, Bemerkungen zur Revision der deutschen Strafprozeßordnung. Im Gerichtssaal Bd. 34 S. 161 ff.

Stenglein, Die Fragestellung an die Geschworenen. Im Gerichtssaal Bd. 44 S. 401 ff.

Stenglein, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1885.

Stenglein, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1887.

Thilo, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1878.

v. Tippelskirch, über alternative Fragen und tatsächliche Feststellungen im Strafverfahren. In Goltdammers Archiv Bd. 15 S. 449 ff.

Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1893.

Voitus, Kommentar zu der Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1877.

Wegen der Abkürzungen wird Bezug genommen auf: Vorschläge des Deutschen Juristentages für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken. 2. Ausgabe. 1910.

§ 1.

Einleitung.

Im Jahre 1848 verlangte die Frankfurter Nationalversammlung als eines der „Grundrechte des deutschen Volkes" die Aburteilung schwererer Strafsachen und aller politischer Verbrechen durch Schwurgerichte. Verheißungen in dieser Richtung wurden denn auch von fast allen deutschen Bundesstaaten verfassungsmäßig verbrieft und demnächst von der Gesetzgebung erfüllt.

Zuerst geschah dies in Kurhessen durch das Gesetz betr. die Einrichtung der Gerichte und der Staatsbehörde bei den Gerichten und die Umbildung des Strafverfahrens v. 31. 10. 1848. Bald folgte, um nur die Gesetze der größten deutschen Bundesstaaten zu nennen, Bayern mit dem Gesetz, die Abänderungen des zweiten Teiles des Strafgesetzbuchs vom Jahre 1813 betr., v. 10. 11. 1848, Preußen mit der Kgl. Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen v. 3. 1. 1849, endlich Österreich mit der provisorischen Strafprozeßordnung v. 17. 1. 1850. Mit Ausnahme von Sachsen-Altenburg und Lübeck hatten alle deutschen Bundesstaaten bis zur Entstehung der Reichsstrafprozeßordnung in der Form

der Schwurgerichte die Mitwirkung von Laienrichtern durchgeführt.

Hierbei hatten sich die Gesetzgebungen im wesentlichen dem französischen Strafprozeß angeschlossen. In dessen schwurgerichtlichem Verfahren wurde unter Teilung der Schuldfrage in Rechts- und Tatfrage die erstere und die Straffrage vom Gericht, die Tatfrage aber durch die Geschworenen entschieden. Diese Trennung der Urteilsfindung in zwei voneinander getrennte und völlig selbständige Prozeßorgane hatte deren Verbindung erforderlich gemacht und damit zur Fragestellung geführt: zur Aufstellung der Fragen durch das Gericht und zu deren Beantwortung durch die Geschworenen.

Bald nach dem Erlaß der bezeichneten Gesetze brach sich die Überzeugung Bahn, daß der Erfolg und der Wert der Geschworenengerichte lediglich von der Art der Fragestellung abhängig sei, und es entbrannte ein lebhafter Streit über die beste Art der Fragestellung. Es würde den Rahmen der Abhandlung überschreiten, die mehr oder weniger brauchbaren Vorschläge, die an die Öffentlichkeit gebracht wurden, darzulegen. Das Ergebnis war, daß schon nach kurzer Zeit, als die namentlich in Preußen gemachte Erfahrung die Trennung der Tat- von der Rechtsfrage als undurchführbar erwies, die Aufgabe der Geschworenen erweitert wurde, indem man ihnen auch die Lösung der Rechtsfrage, mithin die Entscheidung der Schuldfrage anvertraute.

Dadurch wurde natürlich das Gebiet des Streites

begrenzt, der jedoch um so heftiger darüber fortgesetzt wurde, ob man es den Geschworenen überlassen solle, die Tatbestandsmerkmale des Delikts selbst zu finden, oder ob ihnen der Tatbestand in seiner genauen Spezialisierung vorzulegen sei. Auf der einen Seite ging man davon aus, es sei zur Entscheidung der Schuldfrage nur notwendig, die gesetzlichen Merkmale der Straftat in die Fragestellung aufzunehmen, während von der anderen Seite darauf hingewiesen wurde, daß durch die Aufnahme der konkreten Umstände eine Gewähr dafür geboten werde, daß die Geschworenen nur in diesen in der Hauptverhandlung erörterten Umständen die gesetzlichen Merkmale fänden, wodurch insbesondere dem Revisionsgericht die Möglichkeit gegeben werde, Verstöße der Geschworenen bei Anwendung eines Rechtssatzes festzustellen und falsche Sprüche unschädlich zu machen.

Obwohl die Anhänger der Spezialisierung in der Mehrzahl waren, stellte sich die Reichsstrafprozeßordnung auf den Standpunkt der Gegner. Ob zum Vorteil unserer Strafrechtspflege, soll hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls hat der Streit nicht aufgehört, und es mehren sich die Stimmen, die diese Regelung als die verfehlteste der ganzen Strafprozeßordnung bezeichnen.

vgl. v. Kries S. 615; Stenglein im GS. Bd. 34 S. 161 ff.; Mittelstädt im GS. Bd. 37 S. 557 ff.; Dalcke S. 7.

Auch sonst sind eine ganze Reihe von Einzelheiten in der Fragestellung noch lebhaft umstritten.

Trotzdem könnte es als eine vergebliche Mühe erscheinen, noch einmal die Fragestellung im Schwurgericht zum Gegenstand einer Erörterung zu machen, da die Reform des Strafprozesses die Geschworenengerichte beseitigen könnte. Allein bei der Beliebtheit, deren sich das Schwurgericht in gewissen Kreisen erfreut, in denen insbesondere die Abschaffung der Schwurgerichte als die Beseitigung einer wertvollen, aus politischen Gründen hochgehaltenen Errungenschaft angesehen werden würde, erscheint es ausgeschlossen, daß das Schwurgericht durch die kommende Strafprozeßordnung beseitigt wird. Es besteht vielmehr die begründete Aussicht, daß es in der alten Form mit all seinen Vorzügen und Schwächen beibehalten wird.

Somit wird es nicht unberechtigt sein, jetzt noch einmal zu der Lehre von der Fragestellung im Schwurgericht Stellung zu nehmen und deren systematische Darstellung auf Grund des prozessualen und materiellen Strafrechts unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu versuchen. Und zwar sollen zunächst Stoff und Gegenstand der Fragestellung sowie deren rechtliche Natur bestimmt werden. Daran wird sich eine Erörterung des Subjekts und des Zeitpunkts der Fragestellung anschließen, während zuletzt Arten, Anzahl und Inhalt der Fragen betrachtet werden sollen.

§ 2.

Der Stoff der Fragestellung.

Grundlage für das Urteil im schwurgerichtlichen Verfahren ist der Wahrspruch der Geschworenen, der die Antwort auf die ihnen vorgelegten Fragen darstellt. Der Stoff der Fragestellung muß daher mit dem Gegenstand der Urteilsfindung zusammenfallen. Diesen bildet nach § 263 die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt.

Nach dem Wortlaut des angezogenen Paragraphen könnte es den Anschein haben, als ob lediglich die in der „Anklage" bezeichnete strafbare Handlung der gerichtlichen Beurteilung unterliegt. So wird denn auch in der Literatur aus dem der Strafprozeßordnung zugrunde liegenden Anklageprinzip gefolgert, daß das Gericht sein Urteil auf die in der „Anklage" bezeichnete Tat beschränken müsse, insbesondere auch deshalb, weil es Fälle gebe, in denen kein Eröffnungsbeschluß vorliege, während dagegen nie ein Urteil ohne eine voraufgehende Anklage erlassen werde.

vgl. v. Kries S. 565 ff.; Ullmann S. 490 Anm. 3.

Allein wenn § 263 als Gegenstand der Urteilsfindung die in der „Anklage" bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt, erklärt, so ist in dieser Gesetzesstelle unter „Anklage" nicht die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft, sondern im Hinblick

auf die §§ 204, 205, 242 der Eröffnungsbeschluß zu verstehen.

vgl. Loewe Anm. 1 zu § 263; Stenglein ebenda; RG. Bd. 3 S. 407; RGRspr. Bd. 6 S. 722.

Demgemäß nimmt die Fragestellung zunächst ihren Stoff aus dem Eröffnungsbeschluß, der durch den Spruch der Geschworenen in allen Punkten seine Erledigung finden muß. Das ist dahin zu verstehen, daß es unzulässig ist, z. B. einen im Eröffnungsbeschlusse angenommenen, vom Gesetz besonders vorgesehenen Qualifizierungsgrund deswegen nicht in die Fragestellung aufzunehmen, weil die Hauptverhandlung zweifellos ergeben hat, daß der Grund nicht vorliegt. Desgleichen darf die Stellung einer dem Eröffnungsbeschlusse entsprechenden Frage nicht aus dem Grunde unterbleiben, weil die Tat anders, als in dem Beschlusse geschehen, zu qualifizieren ist. Nimmt weiter der Eröffnungsbeschluß Idealkonkurrenz an, so darf sich die Fragestellung nicht auf die Feststellung nur eines der beiden gesetzlichen Tatbestände beschränken. Andererseits ergibt sich daraus, daß den Geschworenen keine Fragen vorgelegt werden dürfen, die selbst bei uneingeschränkter Bejahung nicht eine Verurteilung des Angeklagten herbeiführen würden, die Notwendigkeit, falls in dem Beschlusse ein gesetzliches Merkmal weggelassen oder die Tat nicht vollständig und richtig zum Ausdruck gebracht ist, diesem Mangel abzuhelfen und die Hauptfrage im Vergleich zu dem Beschlusse zu vervollständigen bezw. zu verbessern.

vgl. RGRspr. Bd. 3 S. 131.

In zweiter Linie hat das Gericht gemäß § 263 das Ergebnis der Verhandlung zu prüfen und die danach angezeigten Fragen zu stellen. Und zwar kann die Hauptverhandlung in zweifacher Beziehung anderen Stoff liefern, nämlich durch eine Klageänderung und durch die Verteidigung des Angeklagten. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob das Gericht etwa das vorhandene tatsächliche Material lediglich aus bestimmten Rechtsgründen unter einen anderen Deliktsbegriff bringen will, oder ob sich neue Tatsachen ergeben, die die Tat des Angeklagten in einem anderen Lichte erscheinen lassen.

Diese Klageänderung läßt das Gesetz im weitesten Umfange zu. Das Gericht ist jedoch insoweit gebunden, als nur die dem Eröffnungsbeschlusse zugrunde liegende Tat, nicht aber eine andere zum Gegenstand der Aburteilung gemacht werden darf. Es muß also die Identität der Tat gewahrt werden.

vgl. Loewe Anm. 2 zu § 263; Dalcke S. 82.

Ob aber im Einzelfalle die Identität der Tat gewahrt ist, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Eine allgemeine Regel läßt sich nicht aufstellen.

vgl. RG. Bd. 8 S. 135.

Liegt nun eine Klageänderung oder Klagebesserung vor, so ist, da die Hauptfrage, die entsprechend dem Eröffnungsbeschlusse gestellt ist, bestehen bleiben muß, die Stellung einer Hilfsfrage bezüglich des veränderten rechtlichen Gesichtspunktes notwendig. Der Fragestoff umfaßt

demnach zwei, event. mehrere rechtliche Auffassungen der Tat.

Hierbei ist zu erwähnen, daß auf Grund einer Klageänderung nach § 264 eine Verurteilung des Angeklagten nur erfolgen darf, wenn dieser zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes besonders hingewiesen worden ist. Eine Form für diese Hinweisung hat das Gesetz nicht vorgesehen. Im Verfahren vor den übrigen Strafgerichten genügt eine hierauf gerichtete Erklärung des Vorsitzenden des Gerichts, im schwurgerichtlichen Verfahren dagegen wird sich dieser Hinweis durch die Stellung einer die Klageänderung enthaltenden Hilfsfrage erübrigen.

vgl. Bennecke-Beling S. 551; Dalcke S. 86; Oetker, Das Verfahren S. 109 ff.; RG. Bd. 2 S. 55, Bd. 12 S. 347; and. M. Loewe Anm. 5a zu § 264; Bennecke S. 563 N. 18.

Nach alledem bildet den Stoff der Fragestellung das gesamte tatsächliche Material, das Eröffnungsbeschluß und Hauptverhandlung in rechtlicher Beziehung darbieten, soweit hierdurch nicht die Identität der Tat in Frage gestellt wird.

Aber auch die Identität der Tat kann nach § 265 in Wegfall kommen. Allerdings bestehen Zweifel, ob diese Bestimmung im schwurgerichtlichen Verfahren angewendet werden darf. So vertritt insbesondere Dalcke (S. 87 ff.) im Anschluß an die Entstehungsgeschichte die Auffassung, daß § 294 als Sondervorschrift den § 265 ausschließe.

vgl. auch Voitius § 294 Bem. 2.

Diese Entstehungsgeschichte ist jedoch gänzlich unbeweisend. § 265 enthält eine allgemeine Verfahrensnorm. Diese würde nur dann auf den schwurgerichtlichen Prozeß nicht übertragen werden können, wenn aus diesem etwas Gegenteiliges entnommen werden könnte (§ 276). Die Bestimmungen des 7. Abschnitts der Strafprozeßordnung schließen aber den § 265 nicht aus.

vgl. Loewe Anm. 4 zu § 265; Oetker, Das Verfahren S. 639 ff.; Ullmann S. 519; RGRspr. Bd. 3 S. 227.

§ 3.

Der Gegenstand der Fragestellung.

Um weiter den Gegenstand der Fragestellung bestimmen zu können, bedarf es zunächst einer Feststellung dessen, was gegeben sein muß, um zu einem Urteil in einer Strafsache zu kommen.

Die Entstehung des staatlichen Strafanspruchs ist von dem Bestande gewisser Tatsachen, den Strafanspruch erzeugenden Tatsachen abhängig. Deren Summe bildet den gesetzlichen Tatbestand der betreffenden Verbrechensart der sich aus Delikts- und Strafbarkeitsmerkmalen zusammensetzt. Dieser Tatbestand wird wieder in einen allgemeinen und in einen besonderen geschieden.

vgl. Finger Bd. 1 S. 115; Frank S. 11.

Der allgemeine Tatbestand enthält die Merkmale jedes mit Strafe bedrohten Verhaltens, der besondere dagegen die Summe der Merkmale, durch die sich die ein-

zelnen Verbrechen voneinander unterscheiden. So sind allgemeine Verbrechensmerkmale, daß das Verhalten ein menschliches, gewolltes und verbotenes, rechtswidriges ist. Dieser in den einzelnen Strafbestimmungen nicht enthaltene allgemeine Tatbestand muß stets vorhanden sein. Er ist zu subintellegieren, da ohne ihn die Handlung sich nicht als ein Verbrechen darstellen würde. Er fehlt, wenn das Erfordernis der Rechtswidrigkeit wegfällt. Das ist der Fall, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, d. h. wenn ein Rechtssatz eingreift, der die in der Strafandrohung enthaltene Norm beim Vorliegen gewisser Umstände für unanwendbar erklärt, z. B. § 53 StGB.

vgl. Frank S. 13.

Demgegenüber ist der besondere Tatbestand in die einzelnen Strafbestimmungen aufgenommen.

Diese allgemeinen und besonderen Verbrechensmerkmale bilden den objektiven Tatbestand, dem der subjektive gegenübersteht.

Letzterer liegt vor, wenn das Verhalten des Täters ein schuldhaftes ist. Zur Schuld gehört außer Vorsatz und Fahrlässigkeit alles, was die rechtswidrige Handlung als vorwerfbar erscheinen läßt. „Schuld ist der Inbegriff der Umstände, zufolge deren ein rechtswidriges Verhalten ein vorwerfbares wird."

vgl. Frank S. 109.

Dieser subjektive Tatbestand kann nun wegfallen und somit die Entstehung des staatlichen Strafrechts gehindert werden, wenn Schuldausschließungsgründe ge-

geben sind, z. B. Irrtum, Zwang, Taubstummheit. Diese lassen zwar die Rechtswidrigkeit unberührt, aber sie stehen dem Deliktsbegriff entgegen.

Diesen strafrechtshindernden Momenten stehen die Umstände gegenüber, die bewirken, daß die rechtswidrige und zurechenbare Tat nicht strafbar ist. Das hat seinen Grund darin, daß das Gesetz mit Rücksicht auf die individuelle Sachlage die schuldhafte Tat ausnahmsweise privilegiert. Es sind dies die sogen. „echten Strafausschließungsgründe“ (z. B. §§ 173, 209, 247, 257 StGB.).

vgl. Frank S. 113.

Während diese Ausschließungsgründe das Entstehen des staatlichen Strafanspruchs hindern, bringen die Strafaufhebungsgründe den bereits entstandenen Strafanspruch in Wegfall. Es sind also nach Begehung einer strafbaren Handlung eintretende Umstände. Sie sind regelmäßig persönlicher Natur, d. h. sie wirken nur zugunsten desjenigen, in dessen Person sie eintreten, hindern mithin nicht die Bestrafung der sonst bei der Tat beteiligten Personen. Es sind teils allgemeine Strafaufhebungsgründe (Tod, Begnadigung, Verjährung, Rücktritt vom Versuche, § 46 StGB.), teils besondere (die Fälle der sogen. tätigen Reue, §§ 163, 204, 310 StGB.).

In einer Reihe von Fällen ist aber vom Gesetz der Eintritt einer Strafe abhängig gemacht von dem Vorliegen äußerer, von der verbrecherischen Handlung selbst unabhängiger, zu ihr hinzutretender Umstände, den sogen. Bedingungen der Strafbarkeit. So ist die Strafbarkeit

feindlicher Handlungen gegen befreundete Staaten bedingt durch die Verbürgung der Gegenseitigkeit (§§ 102, 103 StGB.); zur Strafbarkeit des Raufhandels ist erforderlich, daß durch ihn der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist (§ 227 StGB.); der Ehebruch ist nur strafbar, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist; die Strafbarkeit des Ehebetruges ist bedingt durch die Auflösung der Ehe (§§ 171, 172 StGB.). Aus diesen Fällen geht hervor, daß die Bedingungen der Strafbarkeit äußere Umstände sind, die mit der verbrecherischen Handlung selbst nichts zu tun haben, vielmehr durchaus getrennt von ihr behandelt werden müssen Daraus folgt, daß der subjektive Tatbestand diese außerhalb der Handlung liegenden Umstände nicht umfaßt. Fehlen sie, so ist die Entstehung des staatlichen Strafanspruchs unmöglich, die Handlung ist dann keine strafbare im Sinne des Gesetzes.

Von diesen Bedingungen der Strafbarkeit sind streng zu scheiden die Prozeßvoraussetzungen. Sie liegen auch außerhalb des Tatbestandes, bedingen aber nicht die Strafbarkeit, sondern die Verfolgbarkeit der Handlung. Hierzu gehören z. B. die sogen. Ermächtigungsvergehen (§§ 99, 101, 197 StGB.) und vor allem bei den Antragsdelikten der Strafantrag.

Sind die Voraussetzungen der Strafverfolgung und die Bedingungen der Strafbarkeit gegeben und liegt der objektive wie subjektive Tatbestand vor, so ist Art und Höhe der Strafe zu bestimmen. Die gesetzliche Straf-

drohung kann eine absolut oder eine relativ bestimmte sein. Bei absolut bestimmten Strafen bleibt dem richterlichen Ermessen kein Raum. Bei relativ bestimmten Strafen hat dagegen das Gesetz ein Strafminimum und ein Strafmaximum festgesetzt. Innerhalb dieses sogen. Strafrahmens hat dann der Richter die verwirkte Strafe nach seinem Ermessen zu bestimmen. Die hierbei maßgebenden Gesichtspunkte sind die Strafzumessungsgründe, die in Strafschärfungs- und in Strafmilderungsgründe zerfallen. Die ersteren werden in allgemeine und in besondere geschieden. Das Strafgesetzbuch enthält allgemeine Strafschärfungsgründe nicht, dagegen besondere, z. B. Tötung oder Verletzung eines Aszendenten, gewinnsüchtige Absicht, Eintritt eines schwereren Erfolges, ferner namentlich den Rückfall. Liegen solche Strafschärfungsgründe vor, so ist das Delikt ein qualifiziertes. Die Strafmilderungsgründe gestatten es dem Richter oder verpflichten ihn, unter den normalen Strafrahmen herunterzugehen. Sie sind teils allgemeine (Versuch, Beihilfe, Jugend), teils finden sie nur bei einzelnen Delikten Anwendung (z. B. §§ 157, 158, 199, 213, 233 usw.). Ist der Strafmilderungsgrund ein vom Gesetz ausdrücklich benannter, so heißt das Delikt ein privilegiertes. Daneben finden sich auch unbenannte, dem richterlichen Ermessen anheimgestellte Strafmilderungsgründe. Das sind die sogen. mildernden Umstände, die entweder in der Tat selbst oder in dem Verhalten des Täters vorher oder nachher gefunden werden können.

Während diese Urteilsfindung sich bei den übrigen Strafgerichten in dem eine Einheit bildenden Richterkollegium vollzieht, ist sie im schwurgerichtlichen Verfahren getrennt: die Entscheidung der Schuldfrage gebührt den Geschworenen (§ 81 GVG.), die der Straffrage dem Gericht.

Es fragt sich nun, was Gegenstand der Schuldfrage ist. Zweifellos umfaßt sie den objektiven und subjektiven Tatbestand. Nach § 262 begreift sie aber auch solche von dem Strafgesetz besonders vorgesehenen Umstände, die die Strafbarkeit ausschließen, vermindern oder erhöhen. Zunächst also die bei der Strafzumessung erwähnten Privilegierungs- und Qualifizierungsgründe, mit Ausnahme des Rückfalls (§ 262 Abs. 3). Zweifelhaft ist, was das Gesetz unter den Strafausschließungsgründen versteht. Die Wortauslegung läßt die Deutung zu, es handle sich hier nur um die echten Strafausschließungsgründe. Aus dem Umstande jedoch, daß nach § 262 Abs. 3 zur Schuldfrage nicht die Verjährung gehört, geht hervor, daß das Gesetz unter den die Strafbarkeit ausschließenden Umständen auch die Strafaufhebungsgründe versteht.

Alles übrige gehört zur Straffrage, abgesehen natürlich von den Prozeßvoraussetzungen und den Bedingungen der Strafbarkeit, die, wie oben erwähnt, weder zur Schuld- noch zur Straffrage gehören.

Diese Trennung von Schuld- und Straffrage ist jedoch vom geltenden Recht für das schwurgerichtliche Verfahren nicht streng durchgeführt, indem es einen Teil

der Straffrage den Geschworenen zur Beantwortung überwiesen hat.

Da nach §§ 262 Abs. 2, 295 Abs. 1 nur die Qualifizierungs- und Privilegierungsgründe zur Schuldfrage gehören, so sind die besonderen unbenannten Milderungsgründe als zur Straffrage gehörig ausgeschieden. Trotzdem hat das Gesetz die mildernden Umstände wieder herausgehoben und läßt sie nach § 297 durch die Geschworenen entscheiden.

Diese Sonderregelung hat nun zu Zweifeln Anlaß gegeben, ob die sonstigen unbenannten Milderungsgründe gemäß §§ 262, 295 zur Schuld- oder zur Straffrage gehören. Insbesondere ist bestritten, ob in den Fällen der §§ 57 Nr. 4, 94, 96 StGB. die Entscheidung, ob eine minderschwere Tat, ein besonders leichter Fall vorliegt, den Geschworenen obliegt oder dem Gericht. So nimmt Dalcke (S. 55) an, es handle sich hier recht eigentlich um einen Grad des Verschuldens, über den die Geschworenen entscheiden müßten. Diese Ansicht ist irrig. Es ist daran festzuhalten, daß die Geschworenen nur mit dem Entscheid über mildernde Umstände, nicht auch mit dem über verwandte Strafzumessungsaufgaben befaßt sind. Da es sich im § 297 um eine Ausnahme handelt, so ist jede ausdehnende Auslegung ausgeschlossen.

vgl. v. Kries S. 607; Loewe Anm. 3 zu § 262; Oetker, Das Verfahren S. 215; RGRspr. Bd. 4 S. 148.

Weiterhin ist bestritten, ob in den Fällen, die der

§ 20 StGB. vorsieht, die Feststellung, ob die Tat einer ehrlosen Gesinnung entsprungen ist, den Geschworenen gebührt. Unter Berufung auf die Justizkommission (Prot. S. 459) erblickt die Mehrzahl der Schriftsteller hierin einen straferhöhenden Umstand, der um deswillen von den Geschworenen festgestellt werden müsse, da dem Gericht sonst die erforderliche Grundlage für die zu treffende Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft fehlen würde.

vgl. Loewe Anm. 7 zu § 295; Dalcke S. 102; Bennecke S. 602 N. 4; Hannwacker S. 33.

Auch hier handelt es sich nicht um einen Teil der Schuldfrage. Das Moment der ehrlosen Gesinnung bildet nur ein Unterscheidungsmerkmal für die Wahl unter den alternativ angedrohten Strafarten, es ist also bloß für die Straffrage, und zwar für die Strafzumessungsfrage, von Bedeutung, über die das Gericht zu entscheiden hat.

vgl. Bennecke-Beling S. 569 N. 3; Oetker, Das Verfahren S. 186.

Danach bilden den Gegenstand der Fragestellung die strafrechtserzeugenden und -hindernden Momente, die Privilegierungs- und Qualifizierungsgründe sowie die mildernden Umstände.

Die übrigen Strafzumessungsgründe gehören zur Straffrage. Über diese befindet das Gericht, ebenso über die Verjährung und den Rückfall, obwohl diese recht eigentlich zur Schuldfrage gehören. Dem Gericht gebührt endlich die Entscheidung aller prozessualen Fragen. Fehlt

es an den Prozeßvoraussetzungen oder an den Bedingungen der Strafbarkeit, so hat das Gericht ohne Fragestellung das Verfahren einzustellen.

vgl. Loewe Anm. 2d zu § 293; G. A. Bd. 37 S. 443; RGRspr. Bd. 2 S. 188; RG. Bd. 15 S. 122, Bd. 43 S. 60.

§ 4.

Die Fragestellung ein Zwischenurteil.

Da den Gegenstand der Fragestellung die Schuldfrage bildet, das Wesen des einheitlichen Strafurteils aber in der Entscheidung der Schuld- und der Straffrage liegt, so kann nicht nur das verurteilende oder freisprechende Straffrageurteil im schwurgerichtlichen Verfahren Urteilscharakter haben, sondern es muß der zugrunde liegende und voraufgehende Schuldausspruch der Geschworenen die gleiche Bedeutung haben. Dies wird von der Theorie und Praxis auch nicht verkannt und der Wahrspruch deshalb als Zwischenurteil bezeichnet.

vgl. v. Schwarze Anm. 5 zu § 245; Oetker, Das Verfahren S. 434 ff.; Binding, Grundriß S. 156; Bennecke-Beling S. 567; G. A. Bd. 46 S. 118.

Ob jedoch die Fragestellung ebenfalls als Zwischenurteil anzusprechen ist, das soll nunmehr untersucht werden.

Der Schuldausspruch der Geschworenen bildet die Antwort auf die vom Gericht vorgelegten Fragen. Da

die Geschworenen nicht ungefragt eine Antwort geben können, sie an die Reihenfolge der Fragen gebunden sind, so wird durch die Fragestellung das Thema des Wahrspruchs bestimmt. Erheblich für diesen und das Strafrageurteil sind nur die Verhandlungsergebnisse, die zum Gegenstand einer Frage gemacht worden sind. Zugleich werden die Geschworenen über die in der Anklage bezeichnete Tat befragt, wie diese sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung dem Gericht darstellt, wodurch die Klage also fixiert wird. Durch die Befragung nach bestimmten Delikten wird weiter schon entschieden, daß der Tatbestand andere Delikte nicht in sich schließt. Ferner werden für die erfragten Delikte sämtliche gesetzlichen Tatbestandsmerkmale festgelegt. Endlich sind für die Fragestellung bestimmte Formen vorgeschrieben; sie ist auch unwiderruflich, sobald ein form- und sachgerechter Spruch verkündet worden ist.

Nach alledem kann der Urteilscharakter der Fragestellung nicht zweifelhaft sein. Unerheblich ist es, daß die Strafprozeßordnung die Fragestellung nicht „Urteil" nennt. Sache der Wissenschaft ist es daher, die zutreffende rechtliche Kategorie dafür zu bestimmen.

Ganz sicher ist die Fragestellung kein Endurteil, auch kein bedingtes Endurteil, denn der Strafentscheid ist in ihr nicht bedingt ausgesprochen. Danach erübrigt sich nur die Auffassung als Zwischenurteil.

vgl. Oetker, Das Verfahren S. 363 ff.; Binding, Grundriß S. 156.

Trotzdem einige den Gebrauch dieses Ausdrucks als bedenklich bezeichnen, da er der Strafprozeßordnung unbekannt sei,

vgl. Bennecke S. 618; Feddersen S. 129; Birkmeyer S. 665

so dürfte es sich doch empfehlen, die Fragestellung als Zwischenurteil anzusprechen. Denn wie im Zivilprozeß das Zwischenurteil die allgemeine Eigenschaft jedes Urteils hat, an eine bestimmte Form gebunden und für den entscheidenden Richter unabänderlich zu sein, so ist auch die Fragestellung an eine bestimmte Form gebunden und unabänderlich.

§ 5.

Das Verfahren bei der Fragestellung.

Bildet aber die Fragestellung einen Teil der Urteilsfindung, kommt ihr sogar Urteilscharakter zu, so ist es bloß richtig und sachgemäß, wenn die Fragestellung als eine Funktion des Gerichts betrachtet wird. Auf diesem Standpunkt steht auch die Strafprozeßordnung. Denn nur dahin wird man die §§ 290, 291, 296 u. 297 verstehen können. Zwar entwirft der Vorsitzende die Fragen (§ 290 Abs. 1), sobald aber einer der Richter es verlangt, erfolgt Feststellung der Fragen durch das Gericht (§ 291 Abs. 2). Wird ein derartiges Verlangen nicht gestellt, so muß das als eine Billigung des Entwurfs durch die beisitzenden Richter aufgefaßt werden. Der Vorsitzende ist

daher bei Aufstellung der Fragen lediglich als Organ des Gerichts tätig.

Auch aus dem Umstande, daß der Vorsitzende von sich aus einem Antrage auf Abänderung der von ihm entworfenen Fragen stattgeben kann, läßt sich nichts für eine abweichende Meinung entnehmen. Der Entwurf bleibt so lange Entwurf, bis er, ohne daß von einer Seite ein Widerspruch erfolgt, den Geschworenen übergeben wird.

Hiernach und aus der Bestimmung des § 291 Abs. 2, wonach bei Einwendungen und Anträgen die Fragen durch einen Gerichtsbeschluß festgestellt werden müssen, ergibt sich, daß nach geltendem Recht der Gerichtshof Subjekt der Fragestellung ist.

Aber es steht ihm nicht allein zu, zu bestimmen, welche Fragen den Geschworenen vorgelegt werden sollen. Das Gesetz hat auch den Parteien und den Geschworenen das Recht eingeräumt, auf Mängel in der Fragestellung aufmerksam zu machen sowie auf Abänderung und Ergänzung der Fragen anzutragen (§ 291 Abs. 1). Sind nun Einwendungen erhoben oder Anträge angebracht worden, so stellt das Gericht die Fragen fest. Hierbei hat das Gesetz das Gericht ausdrücklich verpflichtet, Anträge auf Vorlegung von Hilfs- und Nebenfragen nur aus Rechtsgründen abzulehnen (§ 296). Rechtsgründe sind aber im allgemeinen solche, die in der Anwendung von Rechtsregeln auf gegebene Tatsachen bestehen, im Gegensatz zu tatsächlichen Gründen, die sich mit der Zusammenstellung und Vergleichung von Tatsachen und mit deren

Beweise beschäftigen. Das Gericht hat daher nur zu prüfen, ob die beantragte Frage gesetzlich zulässig und rechtlich nicht bedeutungslos ist.

> vgl. Loewe Anm. 1 zu § 296; Stenglein, Komm. ebenda; Puchelt Anm. 2 ebenda; Dalcke S. 16, 90; RG. Bd. 1 S. 425, Bd. 8 S. 222; RGRspr. Bd. 5 S. 268; G. A. Bd. 35 S. 400.

Aber auch das Recht der Geschworenen, die Stellung einer Nebenfrage zu verlangen, erleidet insofern eine Einschränkung, als ihnen § 297 nicht gestattet, die Vorlegung einer Frage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände zu beantragen. Diese Bestimmung ist freilich nicht folgerichtig. Liegt den Geschworenen einmal die Entscheidung über das Vorhandensein mildernder Umstände ob, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht diese Nebenfrage beantragen können.

Die Befugnis der Geschworenen, die Stellung von Hilfs- und Nebenfragen anregen zu können, hat endlich zu Zweifeln Anlaß gegeben, ob für das Gericht die Verpflichtung erwächst, einem Zusatze der Geschworenen zu ihrem Wahrspruch die Bedeutung eines Antrages auf Stellung einer entsprechenden Frage beizulegen und demgemäß eine bezügliche Frage noch nachträglich zu stellen. Auf der einen Seite geht man davon aus, daß es den Geschworenen nicht gestattet sei, positive Zusätze in einer Richtung zu machen, nach der hin eine Frage gar nicht

vorgelegen habe. Solche Zusätze seien pro non scriptis nichtig.

vgl. Bennecke=Beling S. 563; Dalcke S. 131.

Nach Loewe (Anm. 5 zu § 305) widerstreitet dagegen die Nichtberücksichtigung solcher Zusätze den Grundsätzen der Strafprozeßordnung. Da nach § 291 dem einzelnen Geschworenen gestattet sei, hinsichtlich der Fragestellung Anträge zu stellen, so müsse auch den Geschworenen in ihrer Gesamtheit diese Befugnis beigelegt werden. Und zwar bedeute es keinen Unterschied, ob die Geschworenen sich zunächst auf das Vorbringen eines Antrages beschränkten oder ob sie die ihnen vorgelegte Frage beantworteten und zugleich an die Antwort einen die Fragestellung betreffenden Antrag anschlössen. Bei der Beurteilung eines solchen Zusatzes komme es also lediglich darauf an, ob sein Inhalt derart sei, daß er zum Gegenstand einer Frage gemacht werden müßte, wenn von den Geschworenen ein hierauf gerichteter Antrag gestellt wäre. Sei diese Voraussetzung gegeben, so müsse die betreffende Frage auch ohne den Antrag gestellt werden.

Beide Auffassungen dürften nicht zutreffen. Es ist zuzugeben, daß an sich die Geschworenen nach § 305 nicht berechtigt sind, zu ihrem Spruche Zusätze zu machen. Es folgt hieraus aber nicht, daß diese Zusätze von vornherein nichtig sind. Vielmehr hat in einem solchen Falle das Berichtigungsverfahren nach §§ 309 ff. einzutreten. In diesem hat das Gericht zu prüfen, ob der Zusatz etwa zur Stellung neuer oder zur Abänderung der alten Fragen

Veranlassung gibt. Trifft dies nach Ansicht des Gerichts zu, so handelt es sich um einen sachlichen Mangel des Spruchs, und es ist dann nach § 311 zu verfahren. Liegt dagegen nach der Auffassung des Gerichts kein Anlaß zur Änderung oder Ergänzung der Fragen vor, so ist der Spruch nur in der Form nicht vorschriftsmäßig, und es ist die Beseitigung dieses Mangels zu veranlassen. Für eine sachliche Änderung ist dann kein Raum (§ 310).

vgl. v. Kries S. 625.

Was schließlich den Zeitpunkt der Fragestellung anlangt, so ist klar, daß diese nach der Beweisaufnahme erfolgen muß. Da die Fragestellung Urteilscharakter hat, so müßte sie an sich entsprechend dem Verfahren vor den übrigen Strafgerichten nach den Parteivorträgen stattfinden. Diesen Standpunkt vertrat auch das preuß. Gesetz v. 3. 5. 1852 (Art. 79), das die Fragestellung den Parteivorträgen und dem Resümee des Vorsitzenden folgen ließ. Aber dieses Verfahren ist nicht sachgemäß. Da der Verhandlungsstoff erst durch die Fragestellung begrenzt wird, die Parteivorträge sich selbstverständlich darauf beziehen, wie nach ihrer Meinung die Fragen zu beantworten sind, so müssen die Fragen den Parteien bereits bei deren Vorträgen vorliegen. Infolgedessen läßt das geltende Recht im Anschluß an die Strafprozeßordnung v. 25. 6. 1867 für die neuen Provinzen und an das sächs. Gesetz v. 1. 10. 1868 die Fragestellung nach dem Schluß der Beweisaufnahme und vor den Vorträgen der Parteien erfolgen (§§ 290 Abs. 2, 299).

Präklusiv wirkt die Feststellung der Fragen nicht. Auch nachher bis zur Verkündung des Wahrspruchs und, sofern das Berichtigungsverfahren wegen sachlicher Mängel eintritt, bis zur Verkündung des berichtigten Wahrspruchs kann eine Änderung oder Ergänzung der Fragen erfolgen (§§ 306, 311).

Eine Zurückweisung von Einwendungen und Abänderungsanträgen mit der Begründung, sie seien zu spät erfolgt, ist ausgeschlossen. Unmöglich wird eine erneute Fragestellung erst mit der Verkündung eines von sachlichen Mängeln freien Spruchs. Dieser ist unabänderlich, und die Parteien haben ein Recht darauf, daß auf seiner Grundlage das Urteil gesprochen wird.

vgl. Dalcke S. 13; Löwe Anm. 5 a zu § 291; RG. Bd. 16 S. 126; and. M. Meves in G. A. Bd. 35 S. 400.

§ 6.

Die Arten der Fragen.

Nach Feststellung des Umfangs des Fragestoffs ergibt sich nunmehr die Notwendigkeit, Arten, Anzahl und Inhalt der Fragen zu bestimmen. In Ansehung einer und derselben Tat eines und desselben Angeklagten kann die Stellung mehrerer, und zwar verschiedenartiger Fragen erforderlich sein. Das Gesetz hat daher in den §§ 293 ff. das Prinzip der Fragentrennung oder Fragenspaltung aufgestellt, indem es die Stellung mehrerer Fragen — von

Amts wegen oder auf Antrag — teils gebietet (§§ 293, 294, 296, 297, 298), teils zuläßt (§§ 295, 297). Diese Fragenspaltung bedingt notwendig auch verschiedene Arten der Fragen. Die Strafprozeßordnung unterscheidet deshalb zwischen Hauptfragen (§ 293), Hilfsfragen (§ 294) und Nebenfragen (§§ 295, 297, 298). Indessen wird durch diese gesetzliche Begriffsbestimmung der Gegensatz, um den es sich bei den einzelnen Fragen handelt, nicht gerade in treffender Weise zum Ausdruck gebracht. Eine begriffliche Verschiedenheit besteht nur zwischen Haupt- und Hilfsfrage einerseits und Nebenfrage andererseits. Die Hauptfragen sowohl wie die Hilfsfragen umfassen den vollen gesetzlichen Tatbestand, d. h. die Gesamtheit der gesetzlichen Merkmale der dem Angeklagten im Eröffnungsbeschlusse oder event. während der Hauptverhandlung zur Last gelegten strafbaren Handlung, so daß die uneingeschränkte Bejahung einer solchen Frage die Anwendung eines Strafgesetzes begründet. Die Nebenfragen dagegen haben nicht die Straftat selbst zum Inhalt, sondern nur einzelne für die Anwendung des Strafgesetzes erhebliche Umstände.

Was nun die Fragen im einzelnen anlangt, so ist die Hauptfrage obligatorisch. Sie ist regelmäßig diejenige, die die schwerste Straftat zum Gegenstand hat, und ist äußerlich daran erkenntlich, daß sie bei einer Mehrzahl von Fragen an erster Stelle erscheint. Sie muß nach § 293 bei Strafe der Nichtigkeit mit den Worten „Ist der Angeklagte schuldig“ eingeleitet werden

und sich auf die sämtlichen Voraussetzungen des bestehenden Strafanspruchs richten.

vgl. RG. Bd. 31 S. 122.

Aus der Bejahung der Hauptfrage erhellt, daß die Geschworenen alle zu ihr gehörigen Umstände in einem dem Angeklagten nachteiligeu Sinne für festgestellt erachten, und zwar nicht nur die besonderen, sondern auch die allgemeinen Tatbestandsmerkmale. Es bedarf daher keiner besonderen Frage bezüglich der Handlungsfähigkeit des Täters, der Rechtswidrigkeit der Tat. Das gleiche gilt von den Unrechts-, Schuld- und Strafausschließungsgründen, denn nur wenn diese fehlen, können die Geschworenen zu einem Schuldig kommen. Würden trotzdem diesbezügliche Fragen gestellt werden, so würde das Urteil wegen Gesetzesverletzung aufgehoben werden müssen. Allerdings folgt daraus, daß bei einer Verneinung der Hauptfrage nicht zu erkennen ist, ob die Geschworenen aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen freigesprochen haben.

Insbesondere würde bei jugendlichen oder taubstummen Angeklagten aus der Verneinung der Hauptfrage nicht hervorgehen, ob die Geschworenen die Tat oder die Einsicht verneint haben. Es würde somit dem Gericht die Unterlage für seine Entscheidung nach § 56 StGB. mangeln. Deshalb war hier eine besondere Behandlung angebracht. Infolgedessen bestimmt § 298, daß bezüglich der jugendlichen oder taubstummen Angeklagten eine Nebenfrage darüber vorzulegen ist, ob diese die zur

Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht besessen haben.

Da nun oft Zweifel bestehen können, ob der Angeklagte zur Zeit der Tat das 18. Lebensjahr bereits vollendet hatte, so entsteht die Frage, ob über das Alter des Angeklagten die Geschworenen oder das Gericht zu entscheiden haben. Diese Frage ist nicht unbestritten.

Einige gehen davon aus, daß die Einsichtsfrage nur Sinn habe, wenn vorher feststehe, daß der Angeklagte die Tat zwischen 12 und 18 Jahren begangen habe. Da diese Feststellung aber zur Schuldfrage gehörig von den Geschworenen getroffen werden müsse, so sei in diesem Falle eine Vorfrage in Gestalt einer Nebenfrage nach dem Alter des Angeklagten zu stellen.

vgl. Bennecke-Beling S. 558; Loewe Anm. 4 zu § 298; Olshausen S. 252; Stenglein Anm. 4 zu § 298.

v. Kries (S. 610) dagegen will mit einer Hauptfrage („schuldig zu einer Zeit, als er das 18. Lebensjahr vollendet hatte“ usw.) und einer Hilfsfrage („schuldig zu einer Zeit, als er das 12., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte“ usw.) helfen. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß einmal Haupt- und Hilfsfragen nicht in Betracht kommen können, weil die Altersfrage das anzuwendende Strafgesetz unberührt läßt, andererseits vorbereitende Altersnebenfragen, da vom Gesetz nicht vorgesehen, unzulässig sind. Vielmehr hat das Gericht über zweifelhaftes Alter selbst zu entscheiden, denn bloß die

Einsicht des Jugendlichen ist kraft Gesetzes besonders zu erfragen. In gleicher Weise erledigt sich die Streitfrage, ob die Geschworenen die Taubstummheit des Angeklagten festzustellen haben.

vgl. Dalcke S. 99 ff.; Oetker, Das Verfahren S. 205 ff.

Eine Art der Hauptfrage ist die Hilfsfrage, die ebenfalls eine Schuldfrage ist. Das bezüglich der Hauptfrage Gesagte gilt demnach auch für die Schuldfrage. Nach § 294 ist sie zu stellen, wenn die Verhandlung Umstände ergeben hat, nach denen eine von dem Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens abweichende Beurteilung der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat in Betracht kommt. Im Gegensatz zur Hauptfrage mangelt hiernach der Hilfsfrage die Selbständigkeit, sie steht in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu ihr. Erst wenn die Hauptverhandlung Veranlassung gegeben hat, eine Klageänderung anzunehmen, ist eine Hilfsfrage entweder auf Antrag oder von Amts wegen zu stellen, und zwar darf ein Antrag auf Stellung einer solchen Frage nur aus Rechtsgründen abgelehnt werden (§ 296).

Gegenstand der Nebenfragen endlich sind solche Umstände, die die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder wiederaufheben (§ 295). Außerdem sind sie für die Frage nach dem Vorhandensein von mildernden Umständen und für die bereits erwähnte Einsichtsfrage bestimmt (§§ 297, 298). Einen anderen als den bezeichneten Inhalt dürfen die Nebenfragen nicht haben.

Im einzelnen schreibt nun § 295 Abs. 2 vor, daß für Strafaufhebungsgründe eine Nebenfrage gestellt werden „kann". Aus dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ist die Ansicht hergeleitet worden, das Gericht könne solche Umstände auch in die Hauptfrage aufnehmen, und zwar brauche das nicht mit besonderen Worten zu geschehen, da die Frage „Ist der Angeklagte schuldig" schon die Frage nach der Strafaufhebung mitumfasse.

vgl. Bennecke-Beling S. 554 Anm. 15.

Dem kann nicht beigestimmt werden. Die Strafaufhebungsgründe bilden keine Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes, sondern stellen sich als ganz außerhalb liegende Momente dar, die den bestehenden staatlichen Strafanspruch wieder beseitigen. Es kann daher über sie nur in einer Nebenfrage gefragt werden.

vgl. Dalcke S. 98; v. Kries S. 612; Loewe Anm. 9b zu § 295; Feddersen S. 187; Oetker, Das Verfahren S. 212.

Das Wort „kann" im § 295 Abs. 2 bedeutet ferner nicht, daß es vom Ermessen des Gerichts abhängt, ob überhaupt eine solche Nebenfrage gestellt werden soll. Es gilt vielmehr auch hier uneingeschränkt der § 296, wonach auf Antrag eine Nebenfrage gestellt werden muß, sofern nicht ein Rechtsgrund gegeben ist, sie abzulehnen.

Was weiter die Qualifizierungs- und Privilegierungsgründe betrifft, so können nach § 295 Abs. 1 „geeignetenfalls" darüber besondere Fragen vorgelegt werden. Demnach ist es dem Ermessen des Gerichts überlassen, solche Umstände

in die Hauptfrage aufzunehmen, wenn nach der Lage des Einzelfalles dadurch eine Erleichterung der Beratung und Abstimmung der Geschworenen herbeigeführt wird. Da die Aufnahme in die Hauptfrage diese aber meist schwerfällig macht und die Abstimmung erschwert, so wird regelmäßig die Stellung einer Nebenfrage vorzuziehen sein.

vgl. auch Oetker, Das Verfahren S. 127.

Erfolgt jedoch eine Aufnahme von solchen Umständen in die Hauptfrage, so sind diese besonders hervorzuheben, damit die Geschworenen sie leicht erkennen können. Zweckmäßig geschieht das in der Weise, daß an den einfachen Tatbestand der Straftat, also die Hauptfrage, die Qualifizierungs- und Privilegierungsgründe mit den Worten „und zwar" direkt angeschlossen werden, z. B. „und zwar aus einem Gebäude mittels Erbrechens von Behältnissen".

vgl. v. Kries S. 611; RG. Bd. 1 S. 63; RGRspr. Bd. 1 S. 225.

Für die Aufnahme dieser Umstände in die Hauptfrage ist es ohne Einfluß, ob die strafmindernden oder straferhöhenden Merkmale bereits im Eröffnungsbeschlusse vorgesehen waren, oder ob sie erst in der Hauptverhandlung zutage getreten sind, ob es sich um Qualifizierungs- oder Privilegierungsgründe im Sinne des materiellen Rechts handelt, oder ob durch ihr Hinzutreten die Straftat sich nach Namen und Charakter ändert.

Erwähnt werden muß jedoch, daß der § 295 in der Literatur verschiedene Auslegung erfahren hat. So will H. Meyer (in H. H. Bd. 2 S. 175 ff.) einen Unterschied

machen zwischen erschwerenden Umständen und solchen Umständen, die das Delikt als ein schwereres erscheinen lassen. Im letzteren Falle will er nur eine Hauptfrage bezüglich des zusammengesetzten Tatbestandes (z. B. aus § 243 StGB.) zulassen. Diese Unterscheidung ist aber weder nach dem materiellen noch nach dem formellen Recht begründet, wenn auch eine derartige Fragestellung nicht unzulässig erscheint.

In privilegierten Fällen dagegen will H. Meyer a. a. O.) ebenso wie Loewe (Anm. 9c zu § 293), nur eine Nebenfrage zulassen. Maßgebend sind für beide nur Zweckmäßigkeitsgründe. Da § 295 die strafmindernden Umstände den straferhöhenden völlig gleichstellt, so scheint diese Unterscheidung nicht gerechtfertigt.

vgl. Dalcke S. 22; Stenglein Anm. 1 zu § 295.

Zuzugeben ist, daß durch Stellung von Nebenfragen die Beratung und Abstimmung der Geschworenen sehr erleichtert wird. In diesem Sinne hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen.

vgl. RGRspr. Bd. 6 S. 225.

Abgesehen von der schon früher erörterten Einsichtsfrage, ist endlich noch Inhalt einer Nebenfrage die Feststellung, ob mildernde Umstände vorliegen (§ 297). Da der Begriff der mildernden Umstände im Gesetz nicht definiert ist, so ergibt sich daraus, daß die Nebenfrage nur lauten darf: „Sind mildernde Umstände vorhanden?“

Zweifel bestehen, ob eine solche Frage gestellt werden

darf, wenn an sich zwar mildernde Umstände nicht zulässig sind, durch eine teilweise Bejahung der Straftat aber der Tatbestand eines Delikts gewonnen wird, das solche zuläßt. Das Reichsgericht ist in dieser Hinsicht in seiner Rechtsprechung nicht konsequent. Einmal hat es bei einer Hauptfrage aus § 214 StGB. die Ablehnung des Antrages auf Stellung einer Frage aus § 297 gebilligt, weil der Verteidiger eine Hilfsfrage aus § 212 StGB. und dazu die Frage auf mildernde Umstände hätte beantragen können.

vgl. RG. Bd. 18 S. 400.

In einem anderen Falle dagegen hat es bei einer Hauptfrage aus § 211 StGB. die Stellung dieser Nebenfrage für zulässig erklärt, da bei teilweiser Verneinung der Hauptfrage der Tatbestand des § 212 StGB. ohnehin gegeben sein könne.

vgl. RG. Bd. 16 S. 126.

Diese Zweifelsfrage dürfte dahin zu entscheiden sein, daß in solchen Fällen stets eine Frage nach mildernden Umständen zuzulassen ist. Es ergibt sich dies schon aus der Erwägung heraus, daß statt der Hauptfrage auf qualifiziertes Delikt ja auch eine solche auf das einfache gerichtet und eine Nebenfrage wegen des straferhöhenden Umstandes hinzugefügt werden kann, wobei die Frage nach mildernden Umständen durch die Bejahung der ersten und die Verneinung der zweiten Frage bedingt ist. Wenn die Parteien diese Art der Fragestellung erzwingen können, so ist ihr Recht auf die Frage aus § 297 doch nicht davon

abhängig, daß zugleich Verweisung des straferhöhenden Umstandes in eine Nebenfrage von ihnen verlangt wird.

vgl. Dalcke S. 105; Loewe Anm. 4a zu § 297; Oetker, Das Verfahren S. 216.

Da ferner im Gesetz keine Ausnahme gemacht ist, so muß der Entscheid über das Vorhandensein mildernder Umstände den Geschworenen auch dann überwiesen werden, wenn es sich um ein Rückfalldelikt handelt, obwohl die Voraussetzungen des Rückfalls vom Gericht festzustellen sind.

Die von einigen

vgl. Dalcke S. 106; Meves in G. A. Bd. 44 S. 61

vertretene Ansicht, logischerweise müßte das Gericht außer den Voraussetzungen des Rückfalls auch das Vorhandensein von mildernden Umständen beim Rückfalldelikt feststellen, ist de lege lata nicht zu billigen. Eher läßt es sich rechtfertigen, wenn andere

vgl. Loewe Anm. 5 zu § 297; Bennecke-Beling S. 557 Anm. 25

die Auffassung vertreten, es sei von der Annahme auszugehen, daß Rückfall vorliege, und demgemäß eine Nebenfrage auf mildernde Umstände zu stellen. Werde dann später der Rückfall vom Gericht verneint, so werde der Spruch der Geschworenen gegenstandslos.

Da jedoch die Verneinung der mildernden Umstände für das einfache Delikt nicht deren Verneinung für das Rückfalldelikt zur Folge hat, andererseits die Bejahung

beim einfachen Delikt nicht die gleiche Feststellung für das qualifizierte bewirkt, so kann die Nebenfrage, wenn sie für das rückfällige Verbrechen erheblich sein soll, nur unter ausdrücklicher Bezugnahme auf dieses gestellt werden. Die Nebenfrage ist dann bedingt zu stellen: „Nebenfrage, für den Fall der Bejahung der Hauptfrage und für den ferneren Fall, daß das Gericht annehmen sollte, der Angeklagte sei im Inlande als Dieb bestraft worden, darauf habe er abermals eine dieser Handlungen begangen und sei wegen derselben bestraft worden" usw. (§ 244 StGB.). Eine solche bedingte Fragestellung ist keineswegs ungesetzlich. Läßt nun das einfache Delikt gleichfalls mildernde Umstände zu, so sind die Geschworenen hierüber besonders zu befragen, und zwar würde diese Nebenfrage dann die erste Stelle haben.

vgl. Hücking in G.A. Bd. 34 S. 241; Oetker, Das Verfahren S. 221.

Aus dieser Darstellung der Arten der Fragen ergibt sich, daß die einzelnen Fragen voneinander abhängig sind, daß sie in einem bestimmten Verhältnis stehen. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis besteht insbesondere bei Haupt- und Hilfsfragen und bei letzteren untereinander derart, daß die folgende nur bei Verneinung der vorhergehenden Frage zu beantworten ist. Umgekehrt folgt aus der akzessorischen Natur der Nebenfrage, daß sie nur dann zu beantworten ist, wenn eine voraufgehende Haupt- oder Hilfsfrage bejaht worden ist. In welcher Weise dieses Abhängigkeitsverhältnis aber in der Frage-

stellung zum Ausdruck zu bringen ist, darüber enthält das Gesetz keine Bestimmungen. § 292 Abs. 2 schreibt lediglich vor, daß es „bemerklich“ zu machen ist. Es empfiehlt sich daher zur Kenntlichmachung der Hilfsfrage beizusetzen: „Hilfsfrage im Falle der Verneinung der Hauptfrage“, der Nebenfrage dagegen: „Nebenfrage im Falle der Bejahung der Hauptfrage“. Unzulässig würde es sein, die Fragen bloß durch das Wort „eventuell“ zu verbinden, weil sich daraus nicht erkennen lassen würde, welches die Eventualität ist, unter der die nachfolgende Frage zu beantworten ist.

vgl. RG. Bd. 7 S. 434.

Sind schon die Bestimmungen der Strafprozeßordnung über das Verhältnis der Fragen dürftig, so noch mehr die über die Reihenfolge der Fragen. Im Gesetz heißt es nur, daß die Hilfsfrage der Hauptfrage voranzustellen ist, wenn die abweichende Beurteilung eine erhöhte Strafbarkeit begründet (§ 294 Abs. 2). Danach soll stets das schwerere Verbrechen vorangestellt werden. Im übrigen regelt sich die Reihenfolge der Frage nach ihrem logischen Verhältnis. Mithin müssen die Nebenfragen der Hauptfrage folgen. Beziehen sie sich nur auf eine der letzteren, so müssen sie dieser unmittelbar angeschlossen werden.

Ferner gilt für alle Fragen, daß sie so gestellt werden müssen, daß die Geschworenen mit ja oder nein antworten können (§ 292 Abs. 1).

Diese Vorschrift hat in älterer wie in neuerer Zeit

vielfach Anlaß zu Erörterungen gegeben, ob und in welchen Fällen eine alternative Fragestellung zulässig ist.

Im Gesetz selbst hat diese Frage keine Regelung gefunden. Wie die Motive zu § 250 des Entwurfs (Hahn Bd. 3, 1 S. 223) bemerken, hängt dies damit zusammen, daß es der Wissenschaft noch nicht gelungen ist, feste Grundsätze für deren Anwendung aufzustellen.

Ihre Zulässigkeit wird aber nicht zu verneinen sein. Es wird nur darauf ankommen, die Grenzen, innerhalb deren sie Anwendung finden kann, festzustellen. Zwar kann man aus der Beantwortung der Schuldfrage mit einem einfachen Ja unmöglich erkennen, auf welche Alternative sich diese Antwort bezieht, allein in den Fällen, wo das Schuldig außer Zweifel steht, wo notwendig das eine oder das andere gegeben sein muß, es auch rechtlich bedeutungslos ist, welche Alternative als tatsächlich vorliegend angenommen wird, muß man sich wenigstens in bestimmten Fällen für die Zulassung alternativer Fragestellung entscheiden. Da nun bezüglich der Zulässigkeit von Alternativen zwischen den schwurgerichtlichen Urteilen und denen der übrigen Strafgerichte kein Unterschied besteht, so ist die einfache Bejahung einer alternativen Frage nichts anderes als eine alternative Feststellung. Für deren Zulässigkeit spricht sich aber überzeugend Loewe (§ 292 Anm. 2) wie folgt aus: „Die Notwendigkeit, alternative Feststellungen zuzulassen, ist in der Natur des historischen Beweises begründet. In zahlreichen Fällen

ist es überzeugend bewiesen, daß eine Handlung begangen ist, die den gesetzlichen Tatbestand eines Delikts enthält, während sich nicht völlig aufklären läßt, wie die Handlung im einzelnen gestaltet gewesen, unter welchen Modalitäten sie begangen ist. Die Unmöglichkeit einer sich auf alle Einzelheiten erstreckenden Aufklärung darf aber kein Hindernis sein, wenn nicht offenkundige Verbrechen straflos bleiben sollen". Steht daher die Zulässigkeit alternativer Fragestellung an sich fest, so fragt es sich nunmehr, in welchem Umfange sie zuzulassen ist.

Entsprechend dem Grundsatze, daß eine Hauptfrage immer nur die Tatbestandsmerkmale eines Delikts zum Gegenstand haben kann, darf die durch den Spruch zu treffende alternative Feststellung sich immer nur auf ein und dieselbe Tat beziehen. Aber selbst unter dieser Voraussetzung dürfen solche Tatumstände nicht als Alternativen hingestellt werden, die wesentliche Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes darstellen und den letzteren, je nachdem das eine oder das andere Merkmal festgestellt wird, verändern. Bei einer im Strafgesetz aufgestellten Alternative kommt es sonach darauf an, ob dieselbe nur die Modalitäten betrifft, unter denen das betreffende Delikt begangen werden kann, oder ob das Gesetz in Wahrheit zwei selbständige Tatbestände aufstellt, die nur wegen der Gemeinschaftlichkeit gewisser Merkmale in derselben Strafvorschrift zusammengefaßt werden. Nur in dem ersteren, nicht aber in dem letzteren Falle ist die alternative Feststellung für zulässig zu erachten. Da

z. B. der Zeugenmeineid sowohl beim Vor- wie beim Nacheid in Betracht kommt, die Alternative also nur die verschiedenen Ausführungsarten betrifft, unter denen der einheitliche Tatbestand des Meineidsverbrechens begangen werden kann, so ist deren Aufnahme in die Frage zulässig.

vgl. Loewe Anm. 2 zu § 293; Puchelt Anm. 3 ebenda; Dalcke S. 40; Feddersen S. 152; Geyer S. 749; Rosenfeld S. 243; Schmidt S. 219; Stenglein, Lehrb. S. 323; Ullmann S. 510; Oetker, Das Verfahren S. 275; v. Tippelskirch in G. A. Bd. 15 S. 506; RG. Bd. 28 S. 99, Bd. 36 S. 18; JurW. 1895 S. 571; DJZ. 1910 S. 1412.

§ 7.

Die Anzahl der Fragen bei Einheit und Mehrheit von Handlungen.

Bei der Erörterung der Arten der Fragen ist davon ausgegangen, daß nur ein Angeklagter vorhanden ist, der sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat.

Bei einer Mehrzahl von Angeklagten oder von strafbaren Handlungen bestimmt § 292 Abs. 3, daß für jeden Angeklagten und für jede strafbare Handlung besondere Fragen gestellt werden müssen. Daraus folgt, daß eine jede Frage nur einen Angeklagten und nur eine Tat betreffen darf. Eine Verletzung dieses Grundsatzes würde die Revision begründen. Diese Vorschrift des § 292 Abs. 3

beruht auf der Erwägung, daß durch deren strikte Befolgung die Beratung der Geschworenen, die in jeder Frage nur eine Straftat zu beurteilen haben, wesentlich erleichtert wird.

Mehrere Delikte können nun in der Weise zusammentreffen, daß es sich entweder um Ideal- oder um Realkonkurrenz handelt.

Die Realkonkurrenz ist in § 292 Abs. 3 geregelt. Danach ist für jede strafbare Handlung eine besondere Frage zu stellen. Hierbei ist es nicht erforderlich, die Realkonkurrenz derart klarzulegen, daß jeder folgenden Frage hinzugefügt wird „durch eine fernere selbständige Handlung". Denn durch das bloße Aneinanderreihen der Fragen wird bereits von selbst zum Ausdruck gebracht, daß die Fragen in Realkonkurrenz stehen. Nicht zu billigen ist es, wenn v. Kries (S. 612) eine Nebenfrage hinzufügen will, ob die unter 1—10 aufgeführten Verbrechen durch mehrere selbständige Handlungen begangen worden sind. Das Gesetz hat ausdrücklich den Inhalt der Nebenfragen begrenzt. Jede ausdehnende Auslegung ist unzulässig.

Die Bestimmung des § 292 Abs. 3 gilt jedoch nicht nur für Hauptfragen, sondern für alle Arten von Fragen in gleicher Weise. Stehen daher mehrere Delikte zur Anklage, die jedes für sich mildernde Umstände zulassen, so muß unter allen Umständen an jede Hauptfrage die bezügliche Nebenfrage (§ 297) angeschlossen werden.

vgl. RG. Bd. 2 S. 227; RGRspr. Bd. 2 S. 202.

Während für mehrere selbständige Handlungen mehrere Hauptfragen gestellt werden müssen, ist es nicht unbestritten, in welcher Weise zu fragen ist, wenn den einzelnen Handlungen die Selbständigkeit mangelt, insbesondere wenn es sich um ein fortgesetztes Verbrechen handelt.

Daß die Strafprozeßordnung hierüber keine Bestimmung getroffen hat, ist nicht zu verwundern, da der Begriff des fortgesetzten Verbrechens dem materiellen Strafrecht unbekannt und dessen Abgrenzung der Wissenschaft überlassen worden ist.

Diese definiert das fortgesetzte Verbrechen als eine Mehrheit bisher nicht bestrafter Handlungen desselben Täters, von denen jede den gleichen Deliktstatbestand erfüllt, ohne daß sie als mehrere selbständige Handlungen im Sinne des § 74 StGB. aufzufassen sind. Unselbständig sind aber nach der herrschenden Lehre und nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts die Verbrechensakte nur dann, wenn sie die gleiche rechtliche Beschaffenheit haben, auf einem verbrecherischen Vorsatze beruhen, der sich gegen dasselbe Rechtsgut, das eine Verletzung von quantitativ größerem oder geringerem Maße zuläßt, richtet.

vgl. Binding, Handb. S. 540; Frank § 74 Anm. V, 1 d; Olshausen § 73 Anm. 6; RG. Bd. 10 S. 53, 205, Bd. 15 S. 23, Bd. 17 S. 103, Bd. 23 S. 300, Bd. 30 S. 163.

Ob sich jedoch nach diesen Momenten die so überaus verschiedenartigen Verhältnisse, bei denen die Frage

nach Realkonkurrenz oder fortgesetztem Verbrechen auftaucht, entscheiden lassen, ob nicht vielmehr vom Standpunkt der **konkreten** Gesetzesbestimmung aus die Frage zu beantworten ist, wann solche fortgesetzte Tätigkeit zu verbrecherischer Einheit zusammengefaßt wird,

vgl. **Alsberg** S. 52; **Finger** Bd. 1 S. 374

soll hier dahingestellt bleiben.

Für die Fragestellung ergibt sich jedenfalls, daß die Einzelakte, die eine Einheit bilden, nicht Gegenstand ebenso vieler getrennter Fragen sein können, denn sonst würde statt Deliktsfortsetzung Realkonkurrenz festgestellt werden. Das fortgesetzte Verbrechen eignet sich daher nur zur Einheitsfrage. Auf die Summe, den Gesamttatbestand, muß die Frage abgestellt werden.

vgl. **Bennecke-Beling** S. 553; **Oetker**, Das Verfahren S. 145.

Dieser Standpunkt wird vom Reichsgericht geteilt (RGRspr. Bd. 9 S. 672). In dieser Entscheidung läßt es allerdings auch zu, daß für jede der Fortsetzungshandlungen eine getrennte Frage gestellt und hierbei deren Unselbständigkeit zum Ausdruck gebracht wird, sei es, daß es in den Einzelfragen selbst geschieht, sei es, daß eine Nebenfrage wegen der Selbständigkeit der Einzelhandlung gestellt wird.

vgl. v. **Kries** S. 612.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Würde man den Einzelfragen das Moment „durch eine weitere unselbständige Handlung" oder in „fortgesetzter Begehung"

beifügen, so würde dieser Ausdruck nicht ein gesetzliches Merkmal — denn dem Strafgesetzbuch ist der Begriff des fortgesetzten Verbrechens unbekannt — enthalten. Nach § 293 dürfen aber nur gesetzliche Merkmale in die Frage aufgenommen werden. Ebensowenig darf eine Nebenfrage gestellt werden, da deren gesetzlicher Inhalt eng begrenzt ist. Außerdem gilt der Grundsatz, daß ein gesetzliches Merkmal des einfachen Tatbestandes nicht in eine Nebenfrage aufgenommen werden kann.

vgl. Dalcke S. 21.

Steht weiter der Eröffnungsbeschluß, der ja den Stoff für die Hauptfrage bietet, auf dem Standpunkt, daß Realkonkurrenz vorliegt, und ergibt sich in der Verhandlung die Notwendigkeit der Fragestellung auf fortgesetztes Delikt, so ist dieser vom Eröffnungsbeschluß abweichenden Beurteilung der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat gemäß § 294 in einer Hilfsfrage Rechnung zu tragen. Da diese Hilfsfrage Hauptfrage ist, so muß sie, wie oben dargelegt, die einzelnen Handlungen als Einheitsfrage umfassen. Nicht zu billigen ist es, wenn v. Kries (S. 612) eine Hilfsfrage für überflüssig hält, da bereits die Verneinung der Selbständigkeit der Hauptfrage die Behauptung eines fortgesetzten Delikts enthalte und durch die einschränkenden Antworten der Geschworenen der veränderte rechtliche Gesichtspunkt in genügender Weise berücksichtigt werde. Durch eine Verneinung der Selbständigkeit der einzelnen Delikte wird noch nicht ein fortgesetztes Verbrechen festgestellt. Außerdem wäre nicht

ersichtlich, welche der verschiedenen Fälle dieses Delikt bilden sollten.

vgl. Loewe Anm. 2b zu § 294; Dalcke S. 21; Feddersen S. 201.

Auch hier hat das Reichsgericht einmal die Ablehnung einer Hilfsfrage gebilligt (RG. Bd. 14 S. 75), in einem ähnlichen Falle dagegen die Stellung einer Hilfsfrage nicht gerügt (JurW. 1894 S. 224). Auf alle Fälle ist die Stellung einer Hilfsfrage angebracht.

Bestritten ist nun wieder, ob nach § 294 Abs. 2 diese Hilfsfrage den Hauptfragen voranzustellen ist. Einige wollen diese Hilfsfrage stets nachstellen.

vgl. Loewe Anm. 2b zu § 294; Feddersen S. 200; Bennecke-Beling S. 556 Anm. 23; Keller § 292 Bem. 5.

Gründe führen sie für ihre Auffassung nicht an. Maßgebend ist wohl für sie der Gesichtspunkt gewesen, daß bei Realkonkurrenz eine Mehrheit von Strafansprüchen vorliegt, die eine erhöhte Strafbarkeit gegenüber dem fortgesetzten Delikt als nur einem Strafanspruch begründet. Demgegenüber ist die Einheitsfrage umfassender im Verhältnis zu jeder Einzelfrage. Zweckmäßiger dürfte es daher sein, die Hilfsfrage voranzustellen. Dadurch würden die Geschworenen ferner nicht in die Lage versetzt, zunächst die einzelnen Handlungen, von deren Existenz sie überzeugt sind, zu verneinen, um sie nachher als Teile des fortgesetzten Verbrechens wieder zu bejahen.

vgl. Oetker, Das Verfahren S. 149.

Während für die Realkonkurrenz klare Vorschriften gegeben sind, ist der Fall der Idealkonkurrenz (§ 73 StGB.) in der Strafprozeßordnung nicht vorgesehen.

H. Meyer (in H. H. Bd. 2 S. 178) u. a. (z. B. Geyer S. 754) haben zwar versucht, die Bestimmung des § 292 Abs. 3 für den Fall der Idealkonkurrenz zur Anwendung zu bringen und das Erfordernis der Fragentrennung als zwingend aufzustellen. Ihnen dürfte aber nicht zu folgen sein. § 292 Abs. 3 würde bloß dann zutreffen, wenn bei der Idealkonkurrenz mehrere strafbare Handlungen in Betracht kommen würden. Bei ihr steht jedoch nur eine einzige Straftat in Frage.

Ebensowenig ist eine Hilfsfrage zulässig, noch weniger eine qualifizierte Hilfsfrage, wie sie Oetker (Das Verfahren S. 138) nennt, denn letztere sind in der Strafprozeßordnung überhaupt nicht vorgesehen. Aber selbst für eine Hilfsfrage, die nur die Klageänderung behandeln darf, ist kein Raum. Zwar haben Klageänderung und Idealkonkurrenz das eine gemeinsam, daß bei beiden nur eine Handlung in Betracht kommt, was allerdings Oetker (S. 136) nicht anzunehmen scheint. Der wesentliche Unterschied ist freilich der, daß bei ersterer die eine Handlung entweder dieses oder jenes Gesetz verletzt, bei letzterer die eine Handlung gleichzeitig gegen zwei oder mehrere Strafgesetze verstößt. Somit ist eine Hilfsfrage für die Idealkonkurrenz unzulässig.

vgl. Dalcke S. 17, 47, 94; Feddersen S. 164; Loewe Anm. 2c zu § 294.

Vielmehr ist bei der Idealkonkurrenz das Hauptgewicht darauf zu legen, daß es sich um eine Handlung handelt. Es muß daher eine Einheitsfrage, in der die gesetzlichen Merkmale der mehreren verletzten Strafgesetze aufgenommen werden müssen, gestellt werden.

vgl. Bennecke-Beling S. 553; Loewe Anm. 10 zu § 293.

Natürlich müssen die Geschworenen darauf aufmerksam gemacht werden, daß lediglich eine Tat zur Aburteilung steht, und es ist hierzu erforderlich und genügend, wenn die Einheitlichkeit der Tat deutlich zum Ausdruck gebracht wird.

Allerdings läßt die Praxis noch eine zweite Art der Fragestellung zu, indem sie den Hauptwert darauf legt, daß zwei oder mehrere Strafvorschriften durch die eine Handlung verletzt werden. Infolgedessen läßt sie so viele Hauptfragen stellen, als Strafvorschriften verletzt sind, verlangt dabei aber, daß in der Fragestellung darauf hingewiesen wird, daß nur eine Handlung vorliegt.

vgl. RG. Bd. 4 S. 287, Bd. 21 S. 405; Dalcke S. 46; Puchelt S. 471; Loewe Anm. 10 zu § 293; Ullmann S. 508.

Ganz abwegig ist es, wenn v. Kries (S. 612) eine Nebenfrage zulassen will des Inhalts „Sind die unter 1 und 2 bezeichneten Verletzungen durch ein und dieselbe Handlung begangen?"

Die Stellung mehrerer Hauptfragen hält Loewe (a. a. O.) für die empfehlenswertere, und es mag zu-

gegeben werden, daß sie eine sorgfältigere Prüfung durch die Geschworenen bedingt. Wenn man jedoch berücksichtigt, daß die Vorschriften der Strafprozeßordnung über die Fragestellung den Grundsatz enthalten, daß für jede strafbare Handlung eine besondere Frage gestellt werden muß, so bleibt, da unzweifelhaft bei der Idealkonkurrenz nur eine strafbare Handlung vorliegt, bloß die Einheitsfrage übrig.

Werden zwei Fragen gestellt, so hängt es vom Ermessen des Gerichts ab, welches Delikt vorangestellt wird, das schwerere oder das leichtere, denn § 294 Abs. 2 findet keine Anwendung.

vgl. RG. Bd. 24 S. 280; Oetker, Das Verfahren S. 138.

Besonderer Erwähnung bedarf hierbei die Stellung der Frage nach mildernden Umständen. Werden mehrere Hauptfragen gebildet, so ist das Vorhandensein der mildernden Umstände nur einmal festzustellen. Weiter ist die Nebenfrage auch dann zu stellen, wenn nur bei einem der idealkonkurrierenden Delikte die Frage nach mildernden Umständen zulässig ist. Ist endlich eine Einheitsfrage gebildet worden, so muß es kenntlich gemacht werden, auf welche Straftat sich die Nebenfrage beziehen soll.

§ 8.

Der Inhalt der Fragen, insbesondere die Individualisierung und Spezialisierung.

Nach § 293 muß die Hauptfrage die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat nach ihren gesetzlichen Merkmalen und unter Hervorhebung der zu ihrer Unterscheidung erforderlichen Umstände bezeichnen.

Danach müssen die gesetzlichen Merkmale der Tat unter allen Umständen in die Hauptfrage Aufnahme finden. Dagegen dürfen die Tatumstände nur insofern näher bezeichnet werden, als es zur Unterscheidung von ähnlichen Straffällen notwendig erscheint. Das Gesetz verlangt somit eine Individualisierung oder Identifizierung der Tat.

vgl. Loewe § 293 Anm. 13a; Rosenfeld S. 241.

In welcher Form jedoch die strafbare Handlung in der Frage individualisiert werden muß, hat das Gesetz nicht vorgeschrieben, es vielmehr dem richterlichen Ermessen überlassen, die Umstände im Einzelfalle auszuwählen, deren Aufnahme in die Frage zur Identifizierung der Tat erforderlich ist. Vor allem ist Ort und Tag zu bezeichnen, denn gerade durch die Angabe von Raum und Zeit unterscheidet sich in den meisten Fällen die abzuurteilende Straftat von anderen Delikten gleicher Art. Die genauere Ortsangabe ist aber auch deswegen erforderlich,

weil aus der Frage hervorgehen muß, daß die Tat im Inlande verübt ist, oder daß sie, wenn im Auslande begangen, auch unter das ausländische Gesetz fällt, sofern nicht etwa gerade Handlungen in Frage stehen, die, gleichviel ob im Inlande oder Auslande verübt, nach deutschem Recht strafbar sind, selbst wenn sie am Begehungsorte nicht unter Strafe gestellt sind (§§ 4 Nr. 1 und 2, 102, 298 StGB.). Weiter wird es sich empfehlen, den Verletzten oder bei einem Meineid die Prozeßsache und die Behörde zu bezeichnen, in und vor der der Eid geleistet worden ist.

Während die Identifizierung, wie dargelegt, in dem Hinzufügen konkreter Umstände zu den gesetzlichen Merkmalen besteht, bedient sich die Spezialisierung solcher Umstände zur Ausfüllung der gesetzlichen Merkmale. Ob und inwieweit freilich eine solche nach geltendem Recht zulässig ist, darüber besteht in der Wissenschaft Streit.

Vornehmlich vertritt Dalcke (S. 62 ff.) den Grundsatz, daß das Gericht befugt sei, aus dem Ergebnis der Verhandlung die den Tatbestand der Strafvorschrift erfüllenden Konkreta auszuwählen und in die Frage aufzunehmen, so daß die Tätigkeit der Geschworenen sich auf die Entscheidung beschränke, ob die in der Frage enthaltenen Konkreta den Tatbestand des abzuurteilenden Verbrechens erfüllen oder nicht. Für diese Ansicht beruft er sich zunächst auf die Motive zur Strafprozeßordnung und auf die Verhandlungen der Reichstagskommission. Danach sei zwar eine Ablehnung der Anträge, den Richter durch

Gesetz zur Spezialisierung zu verpflichten, erfolgt, aber es habe doch auch niemand eine solche für unzulässig erklärt.

vgl. Hahn, Mat. Bd. 3, 1 S. 225 ff., 916 ff.

Ferner sei auch das Reichsgericht ursprünglich davon ausgegangen, daß die Aufnahme konkreter Umstände in die Fragen nicht schlechthin verboten sei.

vgl. RG. Bd. 3 S. 51, 250, 738, Bd. 4 S. 314; RGRspr. Bd. 2 S. 550, Bd. 4 S. 387.

Erst in späteren Entscheidungen (vgl. RG. Bd. 8 S. 233, Bd. 12 S. 337, Bd. 27 S. 67, 369) habe es die Notwendigkeit einer Spezialisierung abgelehnt, weil nach der Entstehungsgeschichte des § 293 der Gesetzgeber zweifellos die Absicht gehabt habe, den Geschworenen die freie Subsumtion der bewiesenen Tatsachen unter das Gesetz zu sichern. Mit dieser Auffassung setzte sich das Reichsgericht aber in Widerspruch zu den Motiven, nach denen dem Richter eine Spezialisierung gestattet sei. Erfolge eine solche, so würde dadurch keineswegs das Subsumtionsrecht der Geschworenen beseitigt, andererseits dürfe der Revisionsrichter dann auch nicht die aufgenommenen Konkreta unberücksichtigt lassen.

Diese Ansicht Dalckes wird in der Literatur noch mehrfach vertreten, und zwar wird dort ebenfalls betont, daß das Gesetz eine Spezialisierung zwar nicht verlange, aber doch auch nicht untersage.

vgl. Bennecke-Beling S. 548; v. Kries S. 615 ff.; Rosenfeld S. 241; v. Schwarze § 293 Anm. 5; Stenglein im GS. Bd. 44 S. 401;

Ullmann S. 516 ff.; v. Bar S. 58 ff.; Hannwacker S. 18; Hücking in G.A. Bd. 34 S. 216 ff.; Meyer, Tat und Rechtsfrage S. 186 ff.; anscheinend auch Birkmeyer S. 653.

Dieser Auffassung, die zuviel Gewicht auf die Motive und die Verhandlungen der Reichstagskommission legt, ihnen eine Bedeutung beimißt, die ihnen nicht zukommt, kann nicht beigetreten werden. Es ist daran festzuhalten, daß das geltende Recht auf die Forderung einer Spezialisierung verzichtet hat. Nach ihm sind lediglich die gesetzlichen Merkmale anzuführen, die konkreten Umstände dagegen nur insoweit, als es der Zweck der Individualisierung erfordert. Dieser Gegensatz tritt besonders klar hervor im Wortlaut der §§ 198, 205 einerseits — Bezeichnung der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Tat „unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale“, nicht nur „nach ihren gesetzlichen Merkmalen“ —, des § 293 andererseits — Bezeichnung der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat „nach ihren gesetzlichen Merkmalen und unter Hervorhebung der zu ihrer Unterscheidung erforderlichen Umstände“ —. Aus der Natur des schwurgerichtlichen Verfahrens aber folgt weiter, daß die Geschworenen ganz frei über das Schuldig des Angeklagten vor dem Gesetz zu urteilen haben. Sie sollen weder Rechenschaft darüber ablegen, welche tatsächlichen Ergebnisse die Hauptverhandlung nach ihrer Auffassung gehabt hat, noch darüber, welche dieser Ergebnisse den gesetzlichen Tatbestand erfüllen und welche nicht. Ist nun nach

geltendem Recht eine Aufnahme der konkreten Umstände in die Hauptfrage zur Ausfüllung der gesetzlichen Merkmale der Straftat unzulässig, so ergibt sich daraus unabweislich, daß die Sprüche der Geschworenen hinsichtlich der Anwendung des materiellen Rechts jeder Anfechtung entzogen sind.

vgl. Isenbart Anm. 62 zu § 293; Kolisch Anm. 2 ebenda; Loewe Anm. 13 a ebenda; Mamroth Anm. 2a ebenda; Thilo Anm. 1 ebenda; Stenglein Anm. 6 ebenda; Geyer S. 752; Keller S. 321; Lucas Bd. 1 S. 193; Rintelen § 49 Anm. 36; Feddersen S. 146 ff.; Oetker, Das Verfahren S. 252 ff.

Aber auch das Reichsgericht hat diese Auffassung seit Inkrafttreten der Strafprozeßordnung in ständiger Rechtsprechung vertreten. Insbesondere geht schon aus den von Dalcke für seine Ansicht in Anspruch genommenen Entscheidungen hervor, daß es bei der Fragestellung außer den zur Individualisierung erforderlichen Umständen stets nur die Aufnahme der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale gefordert hat, weil die Geschworenen nach Ansicht des Gesetzgebers Herren der Schuldfrage sein sollen.

vgl. RG. Bd. 2 S. 138, Bd. 3 S. 51, 250, Bd. 4 S. 314.

An diesen Grundsätzen hat das Reichsgericht auch in seinen späteren Entscheidungen festgehalten.

vgl. RG. Bd. 27 S. 369, Bd. 38 S. 285; für das frühere Recht auch OTr. Bd. 14 S. 234.

Nach geltendem Recht ist daher jeder Zweifel aus-

geschlossen, daß das Gericht in der Hauptfrage die gesetzlichen Merkmale nicht durch konkrete Umstände ausfüllen darf. Die Fragen dürfen vielmehr nur die gesetzlichen Merkmale enthalten.

Hierbei entsteht weiter die Frage, ob bei Aufnahme der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale in jedem Falle die Worte des Gesetzes Anwendung finden müssen, oder ob gleichbedeutende Ausdrücke gewählt werden dürfen. Mit Rücksicht darauf, daß die Geschworenen völlig selbständig über die ganze Schuldfrage zu entscheiden haben, müssen sich die Fragen auf alle einzelnen Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes richten, sich eng an das Gesetz anschließen, und zwar grundsätzlich mit den Worten des Strafgesetzes selbst.

vgl. Bennecke S. 592; Loewe Anm. 3 d zu § 293; Oetker, Das Verfahren S. 316 IV; RGRspr. Bd. 5 S. 97.

Dies gilt gleichmäßig für alle Arten von Fragen.

Ferner müssen die gesetzlichen Merkmale vollständig aufgenommen werden, da andernfalls die Bejahung der Frage nicht zur Verurteilung des Angeklagten ausreichen würde. Besondere Bedeutung hat das Erfordernis der Vollständigkeit in den Fällen, in denen sich die strafgesetzliche Bestimmung einer abgekürzten Redewendung in bezug auf eine andere bedient oder sogar den ganzen Tatbestand der anderen Frage mit einem Wort zusammenfaßt. Dann darf in die Fragestellung dieses Wort nicht aufgenommen werden, vielmehr muß dieser Begriff in

seine einzelnen Bestandteile aufgelöst werden (z. B. §§ 270, 350, 351 StGB.).

Dagegen fragt es sich, ob in die Frage nur die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale aufzunehmen sind, die das Gesetz selbst enthält, oder ob auch solche Merkmale Aufnahme finden müssen, die das Gesetz zwar nicht erwähnt, die aber als notwendige Tatbestandsmerkmale aus dem Sinn des Gesetzes und dem Zusammenhange mit anderen Vorschriften ergänzt werden müssen (z. B. § 153 StGB.). Während nach der einen Ansicht diese Subintellekta gleich den strafrechtshindernden Umständen zu behandeln sind, ihre Aufnahme in die Frage also unstatthaft ist, behauptet eine andere Richtung, das Gericht sei verpflichtet, diese Subintellekta in die Frage aufzunehmen, sobald Veranlassung dazu vorliege.

vgl. H. Meyer in H. H. S. 149; Birkmeyer S. 353.

Nur die erste Ansicht ist nach der Strafprozeßordnung für die richtige zu erachten. Lediglich nach den gesetzlichen Merkmalen ist nach § 293 zu fragen. Von einer Aufnahme der stillschweigend vorausgesetzten ist nirgends die Rede. Diese sind wie die Schuld- und Strafausschließungsgründe zu behandeln. Bejahen die Geschworenen das Schuldig, so bejahen sie damit auch die Subintellekta.

vgl. Bennecke-Beling S. 552; Dalcke S. 65; Loewe Anm. 3c zu § 293; RG. Bd. 12 S. 112; RGRspr. Bd. 7 S. 186.

Nicht ausgeschlossen ist endlich, daß in der einen

Frage auf eine andere verwiesen wird, um eine Abkürzung zu erreichen. Dies wird insbesondere dann in Betracht zu ziehen sein, wenn das abzuurteilende Delikt in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu einem anderen steht, wie z. B. bei Anstiftung und Beihilfe. In einem solchen Falle enthält die erste Frage das Verbrechen in voller Ausführlichkeit, während bezüglich des Anstifters gefragt werden kann, ob er „zu dem unter 1 erwähnten Verbrechen durch Geschenke oder andere Mittel angestiftet habe".

vgl. v. Kries S. 617; RG. Bd. 2 S. 134; RGRspr. Bd. 3 S. 93.

Sinn hat diese Verweisung aber nur, wenn man mit Loewe (Anm. 7 zu § 292) ihre Zulässigkeit davon abhängig macht, daß die etwaige Verneinung der Vorfrage die Verneinung der nachfolgenden notwendig nach sich zieht. Würde die letztere dagegen bejaht werden, so würde das zu einem unvollständigen Spruche führen, da der Inhalt einer verneinten Frage nicht die Grundlage anderer Fragen und Antworten sein kann.

§ 9.

Empfiehlt sich eine Reform der Bestimmungen über die Fragestellung im Schwurgericht?

Wenn auch die kommende Strafprozeßordnung die Schwurgerichte nicht beseitigen wird, so fragt sich doch, ob nicht eine Reform der Bestimmungen über die Fragestellung angebracht ist.

Diese Frage dürfte zu verneinen sein. Die Darstellung der Lehre von der Fragestellung im Schwurgericht hat gezeigt, daß nach geltendem Recht diesem Teil des schwurgerichtlichen Verfahrens nur wenig Mängel anhaften, und daß die bestehenden Streitfragen bei richtiger Gesetzesauslegung eine befriedigende Erledigung finden.

Eine Fortbildung des geltenden Rechts könnte höchstens insoweit in Frage kommen, als künftighin dem Gericht vorgeschrieben werden könnte, die Hauptfrage zu spezialisieren.

Den Anhängern der Spezialisierungstheorie ist darin beizupflichten, daß wenn nur nach den gesetzlichen Merkmalen gefragt und von den Geschworenen bloß deren Vorhandensein bejaht wird, Zweifel bestehen können, auf welche konkrete Tatsache hin das Vorhandensein des gesetzlichen Merkmals bejaht wurde, und damit eine Prüfung der Richtigkeit des Wahrspruchs ausgeschlossen bezw. eine Anfechtung oder Beseitigung desselben unmöglich gemacht ist. Der einzige Vorteil der Spezialisierung besteht danach darin, daß durch diese eine Nachprüfung des Wahrspruchs in der Revisionsinstanz ermöglicht wird. Demgegenüber überwiegen aber die Nachteile.

Durch eine Spezialisierung würde einmal die Hauptfrage außerordentlich schwerfällig und dadurch die Beratung und Abstimmung der Geschworenen erschwert werden, zum anderen aber würde durch die Möglichkeit der Nachprüfung des Wahrspruchs in der Revisionsinstanz

die besondere Eigentümlichkeit des schwurgerichtlichen Verfahrens, wonach die Geschworenen Herren der Schuldfrage sein sollen, beseitigt werden. Da aber bloß unter Aufrechterhaltung dieser besonderen Eigentümlichkeit die Geschworenengerichte ihre Existenzberechtigung haben, so dürfte es sich empfehlen, auch weiterhin auf eine Spezialisierung der Hauptfrage zu verzichten.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.